



Ententes de répartition des marchés : vers une sanction aggravée des pratiques anticoncurrentielles ?

Patrice Reis

► To cite this version:

Patrice Reis. Ententes de répartition des marchés : vers une sanction aggravée des pratiques anticoncurrentielles ?. *ECONOMICA. Le processus de concurrence, ECONOMICA*, p.312 à 332, 2000. halshs-00730887

HAL Id: halshs-00730887

<https://shs.hal.science/halshs-00730887>

Submitted on 28 Nov 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ENTENTES DE REPARTITION DES MARCHES : VERS UNE SANCTION AGGRAVEE DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES ?

Patrice REIS

**Maitre de conférences HDR en droit privé
CREDECO GREDEG CNRS/UNSA**

1. Introduction

"La concurrence est un impératif auquel les entreprises se conforment dans la mesure exacte où elles ne peuvent s'y soustraire"¹. Pour éviter que les entreprises ne se soustraient à cet impératif, les droits français et communautaire de la concurrence en prohibant et en sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles² se doivent dès lors d'être suffisamment dissuasifs³.

La décision du conseil de la concurrence du 29/11/1995⁴ relative à des ententes constatées à l'occasion des marchés de travaux dans le secteur du génie civil permet d'illustrer ce refus de la concurrence chez les entreprises. Dans cette affaire, ce refus avait pris la forme de l'organisation d'une répartition des marchés par des pouvoirs privés économiques⁵ grâce à des accords occultes de coopération anticoncurrentiels. Au cours de différents appels d'offres, les entreprises candidates, parmi lesquelles se trouvaient les cinq plus importants groupes français du BTP⁶,

¹ Lippman, cité par Laguerre A., *concurrence et marchés publics*, thèse Paris X 1984, p.116.

² Les ententes sont visées à l'article 7 de l'ordonnance du 1/12/1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et l'article 85 du traité de Rome, alors que les abus de domination sont visés par les articles 8 de l'ordonnance et 86 du traité ; Pappalardo A., la réglementation communautaire de la concurrence : les dispositions du traité CEE et de droit dérivé relatives aux ententes entre entreprises, à l'abus de position dominante et au contrôle des concentrations, *RIDE* 1994, 337. Le contrôle de la concentration économique est aussi justifié par la crainte d'une réduction substantielle de la concurrence, contrôle exercé au titre de l'article 39 de l'ordonnance du 1/12/1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence et au titre du règlement communautaire du 21/12/1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, nouvelle version règlement n°1310/97 du 30/6/1997, *JOCE* n° L180, 9/7/1997 ; *JCP* 1997 Ed(E), III, 68514 ; V. Idot L., le contrôle communautaire des concentrations, version 1998, *JCP* 1997 Ed(E), I, 686. Pour illustration, voir la décision de la commission CE n°91/619 du 2/10/1991 Aérospatiale Alenia/De Havilland, *JOCE* n°L134 du 5/12/1991 p.42.

³ Il s'agit d'éviter les conséquences économiques néfastes liées à l'exercice du pouvoir de monopole, Canivet G. et Vogel L., le dommage à l'économie critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence, *RJDA* août/septembre 1993, p.599 ; Siroën J. M., la domination oligopolistique, *RCC* 1995 n°82, p.6 et de Vissi F., les oligopoles sont-ils néfastes ? les oligopoles mondiaux et la puissance économique, *RCC* 1995 n°84, p.35.

⁴ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF* du 15/5/1996, p.174 à 230.

⁵ Pouvoirs privés économiques nés de la concentration économique, Farjat G., *droit économique*, Thémis, P.U.F 1982, p.374.

⁶ Il s'agit du groupe Bouygues, leader européen en matière de travaux publics, du groupe Lyonnaise des eaux-Dumez, deuxième groupe français du secteur, du groupe Compagnie Générale des Eaux et de deux autres groupes SAE et Schneider (les moins diversifiés des 5) aujourd'hui fusionnés au sein d'un ensemble dénommé Eiffage, Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF* du 15/5/1996 p.174 et spéc. p.175.

avaient procédé à des échanges d'informations et à des concertations relatives à leurs prix ce qui facilitait la confection d'offres de couverture. Ces concertations et échanges d'informations relatifs à des marchés publics très différents⁷ s'inscrivaient dans le cadre d'une organisation plus générale de la répartition de l'ensemble des marchés d'infrastructures en France. L'organisation chronologique des compensations par les biais de contrats de sous-traitance rémunérateurs ou par le biais de l'attribution postérieure d'un autre marché permettait à chaque entreprise ayant déposé une offre de couverture de retirer un substantiel profit de son adhésion à ce système de répartition des marchés. Les autorités chargées de la concurrence se devaient de sanctionner durement ces pratiques de répartition de marchés. Les sanctions prononcées par le conseil de la concurrence ont été à la mesure de l'importance des marchés de construction des ponts et des lignes T.G.V. pour lesquelles les candidats s'étaient concertés. Saisi par le ministre de l'économie sur la base des rapports établis par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le conseil a infligé à 31 entreprises des amendes pour un montant total de 378,8 millions de francs. Ce sont là des sanctions pécuniaires les plus importantes jamais infligées cette autorité.

Cette décision, confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 6/5/1997⁸, permet d'analyser la manière dont ces ententes sont appréhendées et sanctionnées par le droit de la concurrence. Elle permet ainsi de mesurer l'efficacité de la régulation du processus de concurrence par l'autorité spécifique qu'est le conseil de la concurrence.

Pour sanctionner les entreprises, le conseil s'attache, d'abord, à démontrer l'existence d'ententes de répartition des marchés en rappelant les pratiques des entreprises en cause et les moyens de preuve à sa disposition afin de pouvoir qualifier ces pratiques d'ententes anticoncurrentielles. Il refuse, ensuite, d'exonérer les entreprises de sanctions en raison de la gravité des pratiques constatées même si ceci ne signifie pas le refus de toute prise en compte de certaines circonstances permettant l'atténuation du montant des amendes infligées.

2. L'existence d'ententes de répartition des marchés de travaux publics.

L'existence d'ententes de répartition des marchés publics de travaux entre les entreprises s'explique principalement par la structure du marché. Celle-ci rend d'une grande facilité les comportements occultes susceptibles d'induire l'acheteur public *"en erreur sur la réalité de la*

⁷ Les marchés dénués de tout lien entre eux étaient relatifs à la construction de ponts notamment ceux de Normandie, ceux de Gennevilliers et aux infrastructures de la ligne T.G.V. Nord, ces marchés s'étaient étalés sur près de dix ans jusqu'au début des années 90.

⁸ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 6/5/1997 relatif aux recours formés par la société Bouygues SA et autres contre la décision du conseil de la concurrence en date du 29/11/1995 relative à des pratiques d'ententes relevées à l'occasion de marchés de grands travaux concernant des infrastructures routières et ferroviaires, d'une part lors des procédures de mise en concurrence pour la construction du pont de Normandie et d'autres ouvrages d'art, d'autre part, lors des procédures de mise en concurrence des lignes T.G.V. Nord, de son interconnexion et du T.G.V. Rhône Alpes, *BOCCRF 1997 p.440* et arrêt rectificatif *p.453*. Cet arrêt maintient les sanctions pécuniaires à l'encontre de l'ensemble des entreprises et groupes en cause à l'exception de la SAE.

concurrence". La protection des intérêts de l'acheteur public et, par contre-coup, ceux de la collectivité rend nécessaire une sanction efficace afin de préserver la concurrence sur le marché. Mais, cette sanction est rendue aléatoire par la difficulté de prouver l'existence de ces comportements occultes.

2.1. La spécificité du marché et la généralisation des pratiques anticoncurrentielles.

Pour pouvoir appréhender les pratiques anticoncurrentielles des entreprises, il faut, au préalable, définir le marché de référence sur lequel sont commises ces pratiques. Les autorités nationales et communautaires chargées de la concurrence attachent beaucoup d'importance dans leurs décisions à cette définition. Dans la présente décision, le conseil de la concurrence a rappelé sa définition classique du marché. Selon lui, *"le marché est constitué par la confrontation de l'offre et de la demande"*⁹. Mais, dans cette affaire, le marché présentait une structure particulière aussi bien du côté de l'offre que de celui de la demande. En effet, il convient de rappeler que la demande de l'acheteur public est contrôlée et encadrée par des réglementations communautaires et nationales qui visent à prévenir les éventuelles discriminations du monopsonne public et à faciliter, en pratique, la dévolution du marché au moins disant par souci de préservation des deniers publics. Cet encadrement de la passation des marchés, traduction des principes de transparence et de mise en concurrence, vise à faciliter l'accès des entreprises au marché et à accroître la concurrence¹⁰. Le conseil dans sa définition du marché, a donc précisé que *"les pratiques visées concernent les procédures de mise en concurrence dans lesquelles au demandeur unique, représenté par le maître de l'ouvrage dont la demande précise était exprimée dans les documents contractuels réglementaires, répondaient les offres des entreprises ou groupements soumissionnaires"*¹¹. Mais, ce n'est pas parce qu'une procédure de mise en concurrence a été menée de façon régulière qu'il y a eu effectivement concurrence pour l'obtention du marché. Le comportement des offreurs est, à cet égard, très important. Les pratiques des entreprises examinées dans la présente décision sont

⁹ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.215.

¹⁰ Dès le début des années 70, les autorités communautaires se sont préoccupées de l'ouverture à la concurrence européenne des marchés publics et notamment ceux de travaux, en publiant à diverses reprises de multiples directives de plus en plus contraignantes pour les pouvoirs adjudicateurs. Les plus récentes directives sont des directives de codification : directive du 14/6/1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JOCE n°L199 du 9/8/1993 p.54 ; directive du 14/6/1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, JOCE n°L199 du 9/8/1993 p.1 ; directive du 14/6/1993 portant coordination des procédures de passation des marchés de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JOCE n° L199 du 9/8/1993 p.84. Ces directives remplacent et complètent celle du 22/3/88 relative aux marchés publics de fournitures, JOCE n° L 127 du 20/5/88, celle du 18/7/1989 portant sur les marchés publics de travaux, JOCE n° L 210 du 21/7/1989 et celle du 17/9/1990 relative aux secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JOCE n° L 297 du 29/10/1990. Depuis 1992, un nouveau secteur d'activité est couvert celui des services, directive du 18/6/1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JOCE n° L209 du 24/7/1992 p.1.

¹¹ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.215.

loin d'être les premières à être mises en cause par les autorités de la concurrence dans ce secteur¹². Celui-ci revêt une certaine importance de par son impact sur l'emploi et de par le nombre considérable d'entreprises opérant sur ce marché, paradoxalement dominé par quelques grands groupes qualifiés par les opérateurs économiques de "majors".

Face à une certaine tendance au gigantisme des marchés publics de travaux, la structure de l'offre se caractérise par une forte concentration qui fait que, pour les appels d'offres relatifs à des ouvrages d'une certaine importance tels que ceux examinés dans cette décision, les mêmes acteurs se retrouvent en compétition pour l'obtention du marché. Cette structure de l'offre, susceptible d'influer sur les comportements des concurrents, n'est pas remise en cause par l'ouverture de ces marchés à la concurrence européenne. En fait, les marchés publics français de travaux restent, curieusement, fermés à la concurrence européenne¹³. Cette forte concentration de l'offre est susceptible de conduire à de multiples conséquences néfastes tant pour le processus de concurrence que pour l'acheteur public.

Dans sa décision, le conseil allait examiner les comportements des entreprises candidates à de nombreux marchés publics relatifs à des infrastructures routières et ferroviaires. Au cours d'appels d'offres distincts en vue de l'attribution de ces multiples marchés, les différents maîtres d'ouvrages avaient à chaque fois constaté des écarts très importants entre les offres les plus basses qui leurs étaient proposées et leurs propres estimations gardées secrètes. Ainsi, par exemple, pour la réalisation du "pont de Normandie", l'offre la moins disante était de 700 millions de francs pour une estimation d'experts internationaux s'élevant à 450 millions de francs. Dans chaque situation, la personne publique responsable du marché avait décidé de déclarer l'appel d'offres infructueux et de recourir à la procédure négociée afin de procéder à des consultations auprès des soumissionnaires et d'éventuels concurrents, notamment étrangers, n'ayant pas déposé d'offres¹⁴. Cependant, là encore, chaque pouvoir adjudicateur, ne trouvant pas d'offres correspondant à ses estimations ou n'obtenant curieusement aucune réponse d'éventuels concurrents, avait dû,

¹² Entre autres décisions, voir décision n°89 D 34 du 25/10/1989 relative à des pratiques d'ententes relevées dans le secteur des travaux publics, *BOCCRF 8/11/1989 p.257* ; décision n°90 D 16 relative à des pratiques concertées à l'occasion de marchés de travaux d'assainissement de la communauté urbaine de Lyon et de la construction du collecteur de la vallée de Rozés, *BOCCRF 20/6/1990 p.218*, Décision n°95-D-01 du 3/1/1995 relative à l'exercice de la concurrence entre entreprises consultées par EDF lors de la passation du marché de fournitures et du montage des installations électriques du barrage de Saint Egrève *BOCCRF 1995, p.21* ; Décision n°95-D-17 21/2/1995 relative à des pratiques constatées lors de marchés de travaux et d'aménagement hydraulique dans le département des Bouches du Rhône, *p.116* ; Décision n°95 D 23 du 14/3/1995 relative à des pratiques relevées lors des marchés d'aménagements hydrauliques et divers travaux publics dans la région PACA et Languedoc, *p. 205*.

¹³ Sur les 100 premières entreprises du secteur BTP en France seules 4 sont des filiales de groupes étrangers.

¹⁴ Pour lutter contre les ententes l'acheteur public dispose *a priori* d'une arme : la déclaration d'infructuosité de l'appel d'offres prévue à l'article 95 ter du code des marchés publics si le montant des offres des soumissionnaires est supérieure à l'estimation administrative secrète. Cette déclaration d'infructuosité de l'appel d'offres aboutit à deux solutions possibles. Soit l'autorité adjudicatrice procède à un nouvel appel d'offres en sélectionnant plus de candidats que lors du premier appel d'offres. Soit l'autorité adjudicatrice décide de recourir au marché négocié en consultant à la fois une partie des premiers offreurs (au moins la moitié selon le droit communautaire) et en élargissant la consultation à d'autres offreurs potentiels qui ne s'étaient pas portés candidats.

systématiquement, attribuer le marché au moins disant mais pour un prix bien supérieur à ses propres estimations.

En même temps, lors de la remise des offres, il avait été constaté pour chaque marché des écarts infimes entre des offres concurrentes portant sur plusieurs dizaines voire plusieurs centaines de millions de francs. Parfois même, seule l'offre de l'entreprise la moins disante paraissait avoir fait l'objet d'une réelle étude de marché, les autres offres étant incomplètes ou présentées de façon succinctes, ce qui a priori semblait démontrer une faible "*mobilisation*" des concurrents comme ce fût le cas pour le marché du pont de Gennevilliers. Cette faible "*mobilisation*" était aussi illustrée pour d'autres marchés par des similitudes de coûts constatées sur certains postes des différentes offres.

Dans un seul cas, le pouvoir adjudicateur se méfia suffisamment pour, après avoir déclaré l'appel d'offres infructueux, écarter toutes les entreprises consultées lors de l'appel d'offres. Il semblait en fait que l'écart important entre l'estimation administrative et les offres "*était peut être dû à une sous-estimation administrative mais surtout à une surestimation de la part des entreprises*"¹⁵. Ce dernier marché portant sur un pont fût finalement conclu avec un groupement pour un montant très proche de l'estimation administrative après que celle-ci eut été rendue publique. Par contre, pour tous les autres marchés d'infrastructures, les acheteurs publics étaient conduits à accepter des offres de prix bien supérieures à leurs estimations initiales.

Ces multiples "coïncidences" étaient confirmées par la plainte déposée auprès de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes par la société GFA, filiale d'une groupe italien, qui avait subi de multiples pressions afin de ne pas déposer d'offre pour un marché relatif à la construction d'une section de la ligne du T.G.V. Nord. Cette plainte a permis à la direction générale de la concurrence de découvrir l'existence d'un système assurant l'attribution à tour de rôles des marchés des grands travaux d'infrastructures que sont les ponts et les infrastructures T.G.V. en France. La société GFA affirmait, documents à l'appui, s'être vu proposée "*différentes alternatives*" afin de s'assurer de ne pas remporter le marché auquel elle était candidate, car celui-ci était, au dire de ses concurrents, déjà attribué. En cas de promesse de non dépôt d'offres, un honoraire de désistement était proposé, en effet, aux dirigeants des deux sociétés. En revanche, en cas de dépôt d'une offre indépendante, la société GFA et sa société mère subiraient des représailles de la part des majors français sur tous les marchés français et étrangers. De plus, l'exécution éventuelle du marché était rendue très difficile face à l'impossibilité de recourir à tout sous-traitant spécialisé ou régional. Les sous-traitants ayant été avertis du danger de cette pratique¹⁶ !

¹⁵ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.221*.

¹⁶ La mise à exécution d'une telle menace aurait quasiment empêché la réalisation du marché par le concurrent étranger car le recours à des sous-traitants étrangers aurait renchérit l'offre faite à l'acheteur. L'existence de cette menace semble démontrer l'existence d'un pouvoir d'influence sur toutes les P.M.E. sous-traitantes opérant dans le secteur des marchés publics de travaux grâce à d'éventuelles représailles envers le contrevenant. Il semble, donc, qu'il existe un certain contrôle de l'offre sur le marché en France par les majors du secteur.

Face à la résistance de cette société, les parties à l'entente proposèrent à la société GFA de déposer une offre de couverture préparée par les soins de la société Ballot, filiale de la Compagnie Générale des Eaux, contre la promesse de ne plus soumissionner sur des marchés français et de disposer sur ce marché du T.G.V. de contrats de sous-traitance rémunérateurs. La société GFA décidait, toutefois, de déposer une offre indépendante en faisant croire qu'il s'agissait de l'offre de couverture préparée à son intention. Elle fût tout de même évincée illégalement de l'accès au marché. La société Ballot ayant eu, curieusement, accès aux plis déposés à la SNCF¹⁷, elle avait pu se rendre compte que l'offre de GFA était la moins disante. Elle avait ainsi pu modifier son offre après dépôt, afin de devenir moins disant et remporter ainsi le marché.

L'ensemble de ces faits semblaient faire présumer, mais non prouver, une entente de répartition de la totalité des marchés d'infrastructures entre les différents offreurs. Les firmes présentes sur le marché semblaient vouloir conserver leurs positions et, pour cela, empêcher de nouveaux concurrents d'avoir accès au marché pour les travaux publics les plus importants, ces derniers étant déjà pré-attribués dans les faits. La forte concentration de l'offre a conduit ainsi à l'instauration d'un système anticoncurrentiel dont les conséquences étaient, entre autres, l'impossibilité pour l'acheteur public de passer le marché avec un autre candidat que celui désigné par ce même système anticoncurrentiel.

La difficulté tenait à ce que pour pouvoir sanctionner les pratiques occultes participant à la mise en place de ce système de répartition des marchés, le conseil de la concurrence devait prouver l'existence de ces pratiques occultes et leur objet ou leur effet anticoncurrentiel.

2.2. La preuve des ententes.

Le conseil de la concurrence lorsqu'il est en présence de tels comportements occultes est obligé de procéder à une analyse rigoureuse des pièces des dossiers d'enquêtes qui lui sont soumis par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, afin de dégager "*des indices suffisamment graves, précis et concordants*" permettant de prouver une entente¹⁸. C'est donc à la méthode du faisceau d'indices qu'il recourt. L'absence ou la rareté des preuves directes¹⁹ des ententes de répartition des marchés, c'est-à-dire de preuves qui se suffisent à elles-mêmes, obligent le conseil à faire appel à un "*raisonnement logique déductif*"²⁰. En effet, l'offre de couverture préparée par un concurrent et remise par la société GFA lors de sa

¹⁷ Des dirigeants de la SNCF ont été mis en cause dans cette affaire, *l'Express* 29/5/1997, *Les Echos* 29/5/1997 et *le Monde* 4/6/1997, la SNCF aurait été "flouée" de 750 millions de francs par ces ententes, mais celle-ci estime avoir payé 2 à 3 milliards de trop aux géants du BTP et a introduit différents recours pour récupérer ces sommes.

¹⁸ Sur la preuve des ententes voir notamment Vogel L., définition et preuve de l'entente en droit français, *JCP* 1991, *Ed(E)*, I, 96, Dupont L., la preuve des pratiques anticoncurrentielles en droit français, *RCC* 1993 n°74, 23, Léonnet J., réflexions sur le droit de la preuve en matière de concurrence et de réglementation économique, *CCC* janvier 1994 p.1 et *JCP* 1993 *Ed(E)* I 306.

¹⁹ Bibet F., l'administration de la preuve dans les marchés de travaux publics, *RCC* sept./oct.1997, p.27.

²⁰ Dupont L., la preuve des pratiques anticoncurrentielles en droit français, *RCC* 1993 n°74, 23.

plainte permet de prouver l'existence d'une entente sur ce marché, sans établir cependant un lien avec l'ensemble des marchés publics en cause.

Pour prouver les ententes le conseil de la concurrence allait se fonder, dans sa décision, sur le rapprochement de documents, de déclarations et de témoignages insuffisamment probants par eux-mêmes, nous l'avons vu, avec le résultat de l'ensemble des appels d'offres et le contenu des soumissions déposées par tous les candidats, ce qui permettait de dégager ces indices suffisamment graves, précis et concordants prouvant une entente²¹.

Le conseil a ainsi rappelé conformément à sa jurisprudence²² qu'en matière de marchés publics *"une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme notamment d'une répartition des marchés à venir, d'une coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises antérieurs au dépôt des offres...n'impliquent pas nécessairement qu'elles aient eu lieu au cours de réunions formelles. La preuve de leur existence peut résulter soit de preuves se suffisant à elles-mêmes soit d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction"*.

Dans cette affaire, de nombreuses notes manuscrites attestant des échanges d'informations antérieurs au dépôt des offres ont été saisies dans les locaux des différents candidats en précisant de façon parfois très complète le vainqueur prédésigné ainsi que les compensations offertes aux candidats ayant déposés des offres de couvertures. Ces compensations concernaient soit des contrats de sous-traitance de certaines parties du marché soit l'attribution préférentielle d'un autre marché. L'existence de ce dernier type de compensation permettait de supposer la mise en place par les concurrents d'un système généralisé de répartition des marchés. Cette analyse était confirmée par la saisie dans les locaux de la société Ballot, filiale de la Compagnie Générale des Eaux, d'un document prévoyant comme nécessaire conséquence de la réduction du marché *"la formation d'un club de spécialistes... qui prennent les affaires en main en amont des appels d'offres"*²³. Parallèlement dans les locaux de la société Quille, filiale du groupe Bouygues, un certain nombre de documents saisis prévoyaient une concertation entre concurrents *"à l'image de ce qui se pratique en Grande Bretagne"*, insistant sur *"la mise en oeuvre au sein de Bouygues d'une stratégie globale sur l'ensemble du territoire, qui privilégie les études en commun avec les autres majors du BTP en France au détriment de la compétition plus classique dite sauvage"*²⁴.

Cette "nécessaire" coordination semblait avoir pour cause la crise de ce secteur mais aussi et surtout la venue des *"étrangers"*²⁵ susceptibles de tenter les maîtres d'ouvrages.

De multiples documents saisis dans les locaux de la plupart des sociétés en cause semblaient démontrer l'existence de réunions entre les responsables de ces sociétés afin de discuter dans le

²¹ Bibet F., l'administration de la preuve dans les marchés de travaux publics, *RCC sept./oct.1997*, p.27

²² Décision n°89 D 34 du 25/10/1989 relative à des pratiques d'ententes relevées dans le secteur des travaux publics, *BOCCRF 8/11/1989 p.257*.

²³ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.217*.

²⁴ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.217*.

²⁵ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.224*.

détail des offres. Il ressortait de ces indices qu'une réunion générale antérieure à ces multiples rencontres avait eu lieu dans le but de répartir entre les sociétés l'ensemble des marchés publics d'infrastructures. Les réunions suivantes, n'ayant pour objet que de préciser les modalités propres à chaque marché particulier, finalisaient l'accord général de répartition à travers des échanges d'informations relatifs au contenu des offres et notamment aux prix. Ces concertations et échanges d'informations particuliers à ces marchés de travaux distincts pouvaient être considérés selon le conseil comme *"le prolongement des ententes de répartition portant sur l'ensemble des marchés"*²⁶, ce qui semblait démontrer une véritable organisation du marché par les majors du secteur.

Le conseil a ensuite comparé les prévisions issues des ententes occultes avec le résultat effectif des appels d'offres. Il a constaté alors que les vainqueurs prédésignés étaient ceux qui avaient effectivement remporté les appels d'offres et que les candidats écartés avaient reçus, en contrepartie des offres de couvertures qu'ils avaient déposés, des compensations notamment sous forme de travaux de sous-traitance sans que le maître de l'ouvrage en ait été informé²⁷.

Il semblait par ailleurs que, dans certains cas, ces concertations ne s'étaient pas seulement limitées aux marchés publics français. Ainsi des documents saisis dans les locaux des entreprises Dumez et GTM Entrepose démontraient l'existence d'un accord dit *"de coopération"* portant sur la création de deux instances de concertations, une pour la France, l'autre pour l'étranger dans le but de coordonner systématiquement les offres de plus de 100 millions de francs. D'autres documents saisis démontraient un accord similaire entre les sociétés Dumez et Razel. Selon le conseil de la concurrence, *"ces accords avaient pour objet ou pouvaient avoir pour effet de limiter, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence entre les deux entreprises, car ils prévoyaient explicitement un échange d'informations systématique"*²⁸.

Ces pratiques étaient aggravées par le fait que ces entreprises n'avaient cessé de se présenter aux acheteurs privés et publics comme des offreurs indépendants et concurrents et avaient, donc, trompé ces acheteurs sur la réalité de la concurrence sur le marché²⁹. Ces ententes de répartition générale des marchés assorties de concertations et d'échanges d'informations *"avaient pour effet de limiter la concurrence par les prix"*³⁰ et d'augmenter artificiellement ceux-ci sur des marchés

²⁶ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.225*

²⁷ Ainsi Fougerolles ayant été le "looser" sur le pont de Normandie, il a été prévue de "lui laisser" le pont de Gennevilliers et de lui accorder une partie de la sous-traitance sur le pont de Normandie. Ces compensations ont été négociées marché par marché, ainsi par exemple Bouygues a prétendu selon des notes saisies chez un concurrent à un surbénéfice de 18% sur un des marchés dont il serait le vainqueur afin de se rattraper du pont de l'île de Ré, ce qui a conduit à des tractations entre les candidats à ce marché afin de réduire les prétentions de Bouygues nuisibles aux autres entreprises. Décision n°95-D-76 du 29/11/1995 *BOCCRF 1996, p. 174 et p.219.*

²⁸ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.216.*

²⁹ Cette analyse se rattache à une idée de police du marché et s'inspire de la doctrine U.S. du "holding out", une entreprise qui se présente vers l'extérieur comme un concurrent alors qu'elle n'en est pas un, tombe sous le coup de la prohibition de l'article 1 du SCHERMAN ACT. V. par exemple l'arrêt de la CA de Paris 19/9/1990 secteur de l'équipement électrique, *BOCCRF 26/9/1990 p.355 ; note Vogel L., CCC, hors série, février 1997, n°116.*

³⁰ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.220.*

dévolus aux moins disant. Le but recherché par ces entreprises étant d'aboutir pour chaque marché à un prix jugé par elles convenable. Ceci expliquait les offres très élevées soumises aux acheteurs publics qui avaient conduit ces derniers à déclarer les appels d'offres infructueux.

Le conseil allait, donc, considérer que *"au moment des faits les entreprises appartenant aux groupes Bouygues, Lyonnaise des eaux-Dumez, Compagnie Générale des Eaux, SAE et Schneider étaient autonomes ou qu'elles disposaient de leur autonomie commerciale mais ont choisi de présenter des offres distinctes et apparemment concurrentes éventuellement dans des groupements différents, à des appels d'offres. Ces concertations et échanges d'informations entre ces entreprises pour se répartir les marchés à venir ont eu pour objet et pouvaient avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence, en figeant les positions respectives de chaque membre de l'entente, et en impliquant une organisation chronologique des contreparties à l'occasion de chacun des marchés"*³¹.

Ainsi, ces échanges d'informations étaient contraires au principe de l'indépendance des offres. En effet, s'il est normal que la transparence existe dans les relations verticales afin de préserver les acteurs situés à différents stades des échanges d'éventuelles discriminations, il est inconcevable d'admettre du point de vue du droit de la concurrence des échanges d'informations entre concurrents sur leurs stratégies vis-à-vis de leurs mêmes clients³². Le conseil a estimé dans ces conditions être en présence d'ententes anticoncurrentielles prohibées par l'article 7 de l'ordonnance de 1986 et par l'article 85 du traité de Rome car ces pratiques, bien qu'ayant lieu uniquement en France, allaient à l'encontre du traité en maintenant les marchés cloisonnés. La contrariété des pratiques à l'article 85 du traité était beaucoup plus évidente à l'examen de certains documents saisis prévoyant à terme pour certaines entreprises la prolongation de ce système hors de France.

La preuve de ces pratiques rapportée, de leurs objets ou effets anticoncurrentiel démontrés, la sanction semblait inévitable. Toutefois, les entreprises en cause ont essayé, comme très souvent, de justifier ces ententes afin d'échapper aux sanctions susceptibles d'être prononcées.

3. La sanction des pratiques anticoncurrentielles à l'épreuve des atténuations et des exonérations.

Les infractions ayant été établies, les entreprises faisaient valoir divers arguments juridiques, soit, pour être exonérées de toute sanction, soit pour en voir diminuer le montant en ayant recours notamment à la définition de l'entreprise telle qu'elle résulte de l'article 13 de l'ordonnance. Pourtant, même si le conseil a refusé les arguments tenant à l'exonération de toute sanction, les amendes finalement prononcées paraissent assez décevantes dans une telle affaire par rapport aux pratiques en cause.

³¹ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996*, p.174 et spéc. p.218, 220, 222, 223 et 224.

³² Sélinski V., transparence, échanges d'informations et transparence, *JCP Ed(E) 1995*, n°5, p.24 et spéc p.25.

3.1. Le refus des hypothèses d'exonérations avancées par les entreprises.

Toutes les ententes ne sont pas forcément sanctionnées par les autorités chargées de la concurrence. Aussi les entreprises ont-elles tenté de faire valoir un certain nombre de dérogations nationales et communautaires à l'application des sanctions normalement encourues. Elles invoquaient successivement plusieurs arguments : l'importance mineure de ces accords dans la cadre de la communauté, le fait que ces accords recouvraient une réelle volonté de coopération, le fait que ces pratiques étaient provoquées par le comportement des acheteurs publics et, enfin, la contribution au progrès économique³³.

C'est ainsi tout d'abord que certaines des entreprises mises en cause avaient mis en avant l'importance mineure de leurs accords afin de se voir exonérer de toute sanction. On sait en effet, que le droit communautaire prévoit une exemption générale en ce qui concerne les petites ententes. La communication de la commission des communautés du 3/9/1986³⁴ relative aux "accords d'importance mineure" qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 § 1 du traité a procédé à une exemption des petites ententes dans le but de faciliter la coopération entre P.M.E.. Ces accords ne sont pas suffisamment importants pour affecter sensiblement le jeu de la concurrence et le commerce intra-communautaire. En France, il n'existe pas de texte similaire mais la théorie dite "du seuil de sensibilité"³⁵ a été consacrée par la cour de cassation³⁶ même si des décisions postérieures du conseil de la concurrence³⁷ vont en sens contraire.

Dans l'affaire commentée, le conseil s'est contenté de rappeler que, pour bénéficier de ces dispositions communautaires, les entreprises devaient réaliser un chiffre d'affaires inférieur à 200 millions de francs³⁸ et devaient demander à la commission une attestation négative ou lui avoir notifié les accords et pratiques en cause. Or en l'espèce, les entreprises, loin d'être des P.M.E.,

³³ Ces dérogations peuvent être considérées en droit comme des faits justificatifs, v. Lazarus M., l'approche française et communautaire du progrès économique, *RCC nov./déc.1993*, p.13 : "le progrès économique n'est pour un juriste, rien d'autre qu'un fait justificatif presque au sens du droit pénal : le fait qui permet qu'une règle sanctionnatrice ne s'applique pas".

³⁴ Communication du 9/12/1997 relative aux accords d'importance mineure, entrée en vigueur le 1/3/1998, *JOCE* 9/12/1997, p.13, note Vogel L., *CCC mars 1997*, n°44 ; communication ayant remplacée celle du 3/9/1986 concernant les accords d'importance mineure, invoquée ici par les entreprises, *JOCE* n° C231 12/9/1986.

³⁵ Boutard Labarde M. C., réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence, *JCP 1989 Ed(E) II 15400*, Cot J. M., le seuil de sensibilité en droit français de la concurrence, *GP* 14/9/1993.

³⁶ Chambre commerciale de la cour de cassation, 4/5/1993 SA Rocamat/ SA Sogepierre, *Bull. Civ. IV*, n°172.

³⁷ Décision du conseil de la concurrence n°93-D-50, 23/11/1993, secteur des matériels et des films destinés aux arts graphiques industriels, *BOCCRF* 28/1/1994, p.25, décision n°94- D-22, 5/4/1994, secteur des jeux automatiques à pièces de monnaie, *BOCCRF* 24/6/1994, p.246, décision n°94-D-33 du 31/5/1994 société Hitachi, *BOCCRF* 23/8/1994 et décision du conseil du 21/2/1995 CNIPT, *CCC* n°86. La cour d'appel de Paris est plus "sensible" à cette théorie, arrêt du 5/5/1988 Total France SA et SA Esso dite "l'affaire des cuves", *BOCCRF* 11/5/1988 p.129 en précisant que la clause de restitution des cuves avait un effet anticoncurrentiel suffisamment "sensible" ; V. sur la position de la CA de Paris, Arhel P., notion de seuil de sensibilité, *PA* 3/10/1997, p.24.

³⁸ Ce seuil communautaire de 200 millions de francs a été récemment rehaussé à 300 millions de francs, information relative à l'actualisation de la communication du 3/9/1986, *JOCE* n° C231 12/9/1986, concernant les accords d'importance mineure *JOCE* n°C368 23/12/1994, p.20.

avaient des chiffres d'affaires supérieurs³⁹, appartenaient à de grands groupes, de sorte que leurs *"pratiques et accords modifient de façon sensible la position sur le marché des entreprises étrangères tierces et des utilisateurs"*⁴⁰. Il y avait indubitablement une atteinte sensible à la concurrence⁴¹ puisque les ententes portaient sur des marchés de plusieurs milliards de francs. L'argument de l'importance mineure des accords fût ainsi logiquement écarté.

Afin de justifier les échanges d'informations, les entreprises invoquaient un autre argument. Elles affirmaient que, compte tenu de la nature des travaux, *"ces échanges et rencontres sont fréquents, licites et inévitables et s'inscrivent soit dans la constitution de groupements momentanés d'entreprises, soit dans le cadre d'accords de fournitures et de sous-traitance"*⁴². Le conseil a, tout d'abord, rappelé que c'était aux entreprises de rapporter la preuve qu'elles avaient engagé des négociations en vue d'une collaboration industrielle effective. Il a précisé que, si l'article 7 de l'ordonnance de 1986 et l'article 85 §1 du traité de Rome ne prohibaient pas par eux-mêmes ces types d'accords et de groupements, ces derniers ne pouvaient être retenus quand *"il était, d'une part, établi qu'ils avaient pour objet une répartition générale des travaux avant même le lancement des appels d'offres et, d'autre part, que ces accords et groupements n'étaient pas connus de l'acheteur public et qu'ils pouvaient induire ce dernier en erreur sur l'indépendance des offres"*⁴³.

Les sanctions paraissant inévitables, les entreprises ont alors invoqué l'application des dispositions de l'article 85-3 du traité de Rome et les dispositions de l'article 10 de l'ordonnance du 1/12/1986. La procédure de l'article 85-3 prévoit l'exemption des sanctions pour certaines ententes⁴⁴. Le conseil a rappelé, à cet égard, la compétence exclusive de la commission européenne⁴⁵ pour ce qui est de l'application de l'article 85-3. Ainsi, il a rejeté l'application de l'article 85-3 en constatant, tout d'abord, que, dans le secteur concerné, aucun règlement d'exemption par catégories⁴⁶ n'avait été publié par la commission. En outre, les accords et pratiques incriminées n'avaient pas été notifiés à la commission, ils n'avaient donc pu faire l'objet d'attestations négatives individuelles. À cet égard, une demande d'exemption pour ce secteur auprès de la commission aurait eu peu de chances d'aboutir si l'on prend en compte une décision

³⁹ La seule société Bouygues a un chiffre d'affaires supérieur à 1 milliard de francs.

⁴⁰ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.224.*

⁴¹ Targa A., la notion d'atteinte à la concurrence sur le marché en droit français, *RCC 1993 n°76,15.*

⁴² Décision n°95-D-76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.216.*

⁴³ le conseil de la concurrence considère ainsi que l'accord Dumez/GTM Entrepouse *"avait pour objet ... de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence entre les filiales des deux groupes"*, p.216.

⁴⁴ Il s'agit des ententes qui *"contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits et à promouvoir le progrès technique ou économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable et sans : - imposer aux entreprises des restructurations qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, - donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence"*.

⁴⁵ Règlement n°17 du 6/2/1962, *JOCE n°13, 21/2/1962, p.204.*

⁴⁶ Pour un exemple, voir le règlement d'exemption n°1475 du 28/6/1995 sur l'application de l'article 85 § 3 à des accords de distribution et de service de vente et d'après vente d'automobiles, *JOCE n° L145, 28/6/1995 p.25.*

antérieure de la commission du 5/2/1992⁴⁷ confirmée en appel par le tribunal de première instance des communautés européennes du 21/2/1995⁴⁸.

Dans la décision commentée du 29/11/1995, les entreprises avaient, aussi, demandé à bénéficier du régime d'exemption national similaire au régime communautaire. Elles considéraient, en effet, que leurs pratiques étaient la conséquence des procédures d'appel public à la concurrence prévues par le code des marchés publics et de l'application qui en serait faite par les acheteurs publics et qu'elles relèveraient, ainsi, de l'article 10-1⁴⁹. Selon ce texte, en effet, il est prévu que ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8, *"les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application."* Le conseil a aussi rejeté cette allégation en insistant sur le fait que ces procédures de passation des marchés avaient précisément pour objet de veiller au respect de l'intérêt général en assurant l'exercice de la libre concurrence. Les prétentions des entreprises étaient d'autant plus contestables que leurs pratiques visaient à induire les acheteurs publics en erreur, en leur faisant croire à une réelle concurrence sur le marché et en leur faisant supporter des prix élevés afin de dégager des surbénéfices comme celui de 18% auquel Bouygues prétendait sur un des ponts.

On sait que les acheteurs publics recherchaient réellement une concurrence entre opérateurs. Ainsi, en ce qui concerne le pont de Normandie, le pouvoir adjudicateur a lancé un appel public à la concurrence alors qu'il avait fait l'objet, tout comme les pouvoirs publics, de *"demandes pressantes afin que les travaux soient effectués par un GIE réunissant toutes les entreprises préqualifiées"* sans appel à la concurrence. En fait, ce n'était qu'en raison de la *"concertation des trois groupements qu'il a dû en fin de compte confier les travaux à ce GIE"* après l'échec des appels d'offres et des tentatives d'ouverture à la concurrence communautaire.

C'est dire que ces pratiques ne pouvaient être considérées comme résultant d'un texte législatif ou réglementaire et ce, même dans l'hypothèse, non vérifiée en l'espèce, où les acheteurs publics auraient adopté des comportements incitatifs à de telles pratiques.

Trois des entreprises avaient enfin invoqué l'article 10, mais dans son deuxième alinéa, en considérant le progrès économique⁵⁰ que constituait la réalisation du pont de Normandie. En effet,

⁴⁷ Décision du 5/2/1992 industrie de la construction des Pays-Bas, *JOCE1992 L92*. La commission a rejeté la prétention de légitimer des ententes de répartition des marchés publics entre 4000 entreprises des Pays-Bas par les pratiques des maîtres d'ouvrages. Les entreprises invoquaient, en effet, les conditions particulières du marché qui auraient dû motiver une exemption, car il existerait *"un déséquilibre entre une demande transparente et une offre pour laquelle il n'y aurait aucune transparence et qui devrait supporter des coûts de transaction élevés pour accéder au marché"*. La commission et le tribunal de première instance ont considéré que le système d'ententes ne saurait pas rétablir ce déséquilibre car il ne bénéficiait qu'aux entreprises hollandaises et ne réservait pas aux pouvoirs adjudicateurs une part équitable du profit qui pouvait résulter de l'entente.

⁴⁸ TPICE 21/2/1995 entrepreneurs de la construction des Pays-Bas contre la commission des communautés, *RAE 2/95 p.111*, commentaires de Blaise J.B. et Robin C..

⁴⁹ Les entreprises invoquaient un déséquilibre dans la transparence, p.225.

⁵⁰ Sur le progrès économique, v. Malaurie-Vignal M., *droit interne de la concurrence*, Colin 1996 p.210 ; Gavalda C. et Parleani G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 1995 p.250 ; Boutard-Labarde M.C. et Canivet G., *droit français de la concurrence*, LGDJ 1994 p.106 et s. ; n° spécial relatif au progrès économique, *RCC*,

l'article 10-2 prévoit que ne sont pas non plus soumises aux articles 7 et 8 "*les pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause*". Cette dernière prétention a, elle aussi, été rejetée par le conseil car, même si la réalisation de cet ouvrage pouvait contribuer au progrès économique, il n'était pas établi que ce progrès n'aurait pu être atteint sans mise en oeuvre de pratiques anticoncurrentielles⁵¹. Les moyens de défense mis en avant par les entreprises étant insuffisants pour justifier les ententes afin d'obtenir l'exonération des sanctions, le prononcé de celles-ci était inévitable.

3.2. Une sévérité toute relative dans la sanction des ententes de répartition des marchés publics de travaux.

Selon l'article 13 de l'ordonnance du 1/12/1986, le conseil de la concurrence est habilité à prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre des entreprises reconnues coupables de pratiques anticoncurrentielles prohibées. Cet article 13 prévoit un certain nombre de critères explicites d'appréciation du montant de l'amende à infliger. Les sanctions pécuniaires doivent "*être proportionnées*"⁵² à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction". Le critère essentiel d'évaluation des sanctions devrait être celui relatif au dommage à l'économie dans la mesure où "*le droit de la concurrence a pour objet essentiel, sinon exclusif, d'éviter les conséquences économiques néfastes attachées à l'exercice du pouvoir de monopole*"⁵³. Le dommage à l'économie est, cependant, une notion complexe et difficile à cerner même si l'appréciation de ce dommage se fait par rapport à un marché de référence. Certains auteurs⁵⁴ semblent considérer que cette notion est autonome par rapport à la gravité des faits et à la situation de l'entreprise, deux autres critères d'évaluation de la sanction.

Le conseil de la concurrence a cependant insisté, en l'espèce, sur le fait que le dommage à l'économie résultait des accords et ententes de répartition ayant entraîné l'organisation de

nov./déc.1996 ; Blaise J. B., l'article 10-2 de l'ordonnance et la contribution au progrès économique : du bilan économique à la règle de raison, *GP 12 et 13/2/1997 p.9*.

⁵¹ Il convient de se demander où est la part du progrès réservé à l'utilisateur, le pouvoir adjudicateur qui est obligé de payer 55% plus cher un tel ouvrage que son estimation officielle par un cabinet d'experts internationaux. En effet, où est le progrès économique à financer ces surcoûts pour la collectivité et notamment pour les contribuables. Il est tout aussi douteux que les offres de couvertures déposées par les deux autres groupements emmenés respectivement par Fougerolles et Campenon Bernard contribuent au progrès économique.

⁵² Sur la proportionnalité des sanctions, voir notamment, Richer L., la proportionnalité des sanctions dans le droit de la concurrence, *PA 8/7/1991, p.4*.

⁵³ Canivet G. et Vogel L., le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence, *RJDA 8-9/1993 p.599*.

⁵⁴ Canivet G. et Vogel L., le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence, *RJDA 8-9/1993 p.599*.

compensations à l'occasion des marchés. Il prenait notamment en compte l'incidence de ces pratiques sur les mécanismes de production et sur les prix. C'est ainsi qu'il relevait que toutes les entreprises parties aux ententes *"étaient assurées d'obtenir leurs parts en tant qu'attributaires, co-traitants ou sous-traitants déclarés ou occultes, ils pouvaient s'affranchir en partie de la pression concurrentielle qui les eût contraintes à adopter des comportements commerciaux, financiers et industriels propres à améliorer la qualité de leurs prestations, leurs productivités et de leurs coûts"*⁵⁵.

Le conseil allait surtout s'attacher à la gravité des faits en raison de la spécificité du marché, gravité susceptible de renforcer le dommage à l'économie. Ce dommage était, en effet, aggravé par le caractère généralisé, systématique et répétitif des ententes de répartition affectant la majeure partie des travaux de grandes infrastructures⁵⁶. La situation des entreprises sur le marché avait, elle aussi, contribué à renforcer la gravité des comportements anticoncurrentiels. En effet, la gravité de ces pratiques provenait de leur mise en oeuvre systématique par la plupart des entreprises du BTP, notamment les principaux majors, ce qui produisait un effet d'entraînement sur l'ensemble du secteur *"en convaincant d'autres entreprises, étrangères ou régionales, que ce type de comportement est général et les inciter soit à l'adopter soit à renoncer à faire des offres sur des marchés qu'elles seraient pourtant aptes à exécuter mais qui seraient convoités par ces grandes entreprises et les entreprises moins importantes qui se sont concertées"*. La dimension nationale et européenne de certains accords était aussi prise en compte comme circonstance aggravante notamment par rapport aux objectifs du traité de Rome et aux effets de cloisonnements susceptibles d'exister dans ces marchés publics. Le conseil de la concurrence fait, dès lors, preuve d'une sévérité accrue en cas d'ententes dans les marchés publics⁵⁷ car ces ententes, en portant atteinte au principe de l'indépendance des offres, *"ont pour objet et pour effet ou pouvait avoir pour effet de faire échec au déroulement régulier de procédures de mise en concurrence"*⁵⁸ en érigeant un système de tromperie de l'acheteur public sur la réalité de la concurrence.

La sanction pécuniaire maximale encourue au titre des pratiques anticoncurrentielles est selon l'article 13 de l'ordonnance du 1/12/1986 de 5% du chiffre d'affaires de l'entreprise au cours du dernier exercice clos tel qu'il ressort de la dernière déclaration fiscale. Les entreprises mises en cause essayent, donc, souvent de contester la définition même de l'entreprise telle qu'elle a été faite par le conseil de la concurrence. Il est, en effet, très intéressant pour une société de ramener l'assiette de la sanction au chiffre d'affaires d'un établissement ou d'une direction régionale

⁵⁵ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.226*.

⁵⁶ Dans le même sens v. l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17/1/1991 relatif au secteur des travaux publics dans la région Rhône-Alpes, *BOCCRF 31/1/1991 p.33 et RJDA 3/1991 n°221*.

⁵⁷ Les autorités de la concurrence considèrent qu'une tromperie de l'acheteur public grâce à des soumissions concertées entraîne un dommage à l'économie, CA Paris 17/9/1992, *BOCCRF 3/10/1992 p.312*, CA Paris 20/11/1992, *BOCCRF 15/1/1993 p.5*, et CA Paris 1/12/1992 *BOCCRF 15/1/1992, p.7*. Les rapports annuels de la DGCCRF insistent aussi sur la nécessité d'une sanction aggravée de ces ententes de répartition face à la récidive, rapport d'activité pour 1994, *RCC 1995 n° spécial* et rapport d'activité pour 1995, *RCC 1996 n° spécial*.

⁵⁸ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.226*.

impliquée dans l'affaire. Il s'agit d'utiliser l'autonomie d'une agence locale afin de ne pas faire asseoir l'assiette de la sanction sur le chiffre d'affaires de la société⁵⁹. C'est sur cette approche que s'était fondée la société Bouygues, approche que le conseil a rejeté en considérant que la direction générale des travaux publics de Bouygues *"ne peut constituer une entreprise car elle demeure soumise aux directives et contrôles des organes dirigeants de la société"*⁶⁰ et la délégation de pouvoir dont jouissait le responsable de cette direction générale s'avérait insuffisante⁶¹.

On peut s'étonner, en revanche, que le conseil de la concurrence ait conservé une position assez dogmatique en ce qui concerne la concordance entre définition de l'entreprise et définition du groupe en refusant de faire coïncider ces deux notions au nom du principe de l'autonomie de la personnalité morale⁶² et ce même lorsque la filiale ne semble disposer d'aucune autonomie réelle. Même dans le cas où une société contrôlée à 99,9% par une autre a prétendu avoir suivi les instructions de celle-ci, le conseil a considéré qu'il n'était pas établi *"qu'elle ne pouvait prendre de décisions économiques qui ne lui avaient été dictées par la société mère ni que tous les actes de nature contractuelle qu'elle était amené à signer l'étaient au nom et par délégation de la société mère, ni que cette dernière contrôlait toute son activité; elle constitue une entreprise autonome"*⁶³. Une telle permissivité permet à certaines entreprises en créant une multitude de filiales de répartir les risques de sanctions⁶⁴ sur des chiffres d'affaires d'autant plus faibles que seules les plus petites des filiales sont impliquées très directement dans les pratiques anticoncurrentielles, la société mère se tenant ainsi à l'écart du marché.

L'aggravation des sanctions est, alors, limitée par cette jurisprudence classique du conseil de la concurrence.

En présence de comportements mettant en cause différentes entreprises, le conseil se doit, enfin, d'individualiser les sanctions. L'individualisation de la sanction passe par la prise en compte de divers éléments comme la mise en oeuvre volontaire de l'entente, l'importance du degré de participation, la conscience du caractère anticoncurrentiel des pratiques en cause et aussi la réitération de comportements semblables. Ainsi le rôle des entreprises dans la mise en oeuvre des ententes permet de déterminer le degré respectif de responsabilité de chaque participant. Ceci a conduit le conseil à infliger près de la moitié de l'amende à l'un des majors, la société Bouygues, principal initiateur des pratiques en cause. Il faut cependant observer qu'aucune des sanctions prononcées n'a atteint le montant maximum de 5% du chiffre d'affaires des entreprises⁶⁵. Les sanctions paraissent, donc, très "raisonnables" par rapport aux bénéfices réalisés. On est en droit

⁵⁹ V. la position de la cour de cassation, Ass. Plén. 14/3/1997, note Idot L., *JCP1997 Ed(G) II 22915*.

⁶⁰ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.214*.

⁶¹ V. en ce sens Com 4/6/1996 Jean Lefebvre, *BOCCRF 27/7/1996 ; JCP 1996 Ed(G) IV 1686 ; CCC 1996 comm. 13* ; Brunois R., la notion d'entreprise face à la délégation de pouvoirs, *MTP 28/1/1994 p.36*.

⁶² Paillusseau J., le droit moderne de la personnalité morale, *RTDCiv. 1993 p.705*.

⁶³ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.214*.

⁶⁴ Pourtant, il faudrait considérer ici que *"l'abus de personnalité morale est manifeste lorsque la société n'est qu'un écran"*, P. Diener, *JCP 1992 I, p.152*.

⁶⁵ Ce montant maximum de 5% du chiffre d'affaires n'a d'ailleurs jamais été atteint.

de s'interroger sur la fonction dissuasive de la sanction au vu de la réitération constante de ces pratiques⁶⁶. Dans la mesure, en effet où la sanction n'est égale qu'au surprofit qu'un opérateur peut espérer retirer de la pratique anticoncurrentielle, son efficacité sera très faible⁶⁷. Afin de remédier à cette situation, certains auteurs⁶⁸ ont proposé d'affecter l'évaluation du dommage du taux de probabilité de sa sanction. L'amende serait d'autant plus élevée que le comportement collusif serait difficile à détecter comme le sont les comportements occultes. Les droits communautaire et américain prévoient, en ce sens, des sanctions plus sévères que le droit français de la concurrence. En effet, les amendes en droit communautaire peuvent aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires à condition de respecter le principe de proportionnalité⁶⁹ mais ce maximum n'a jamais non plus été atteint. Le droit antitrust américain prévoit des sanctions pénales pouvant conduire à des peines d'emprisonnement pour les comportements les plus graves ce qui est particulièrement dissuasif. Toutefois, cela ne semble pas être l'orientation retenue par l'ordonnance du 1/12/1986 qui s'inscrit dans un mouvement de dépénalisation de la sanction des pratiques anticoncurrentielles⁷⁰. Peut être conviendrait-il alors de renforcer l'efficacité des sanctions face à la réitération régulière des mêmes comportements⁷¹ sauf à admettre, bien entendu, que le droit français de la concurrence ne doit rester économiquement correct⁷², afin de ne pas pénaliser les champions nationaux à l'exportation⁷³.

Références

⁶⁶ L'affaire, en cours d'instruction, relative à la rénovation des lycées par le conseil régional d'Ile de France met en cause les mêmes entreprises, *Le Monde* 10/4/197 p.7, 25/3/1997 p.9, 12/3/1998, p.9.

⁶⁷ V. l'opinion du directeur général de la DGCCRF, Babusiaux C., instrument de dissuasion ou réparation des dommages causés à l'économie, *PA* 17/1/1990, p.67, cet auteur cite le cas du droit allemand de la concurrence qui prévoit que les sanctions doivent être supérieures au gain réalisé grâce à l'infraction; Babusiaux C., ententes, l'objectif est la dissuasion, *MTP* 19/1/1996 p.38.

⁶⁸ Elzinga K. G. et Breit W., The antitrust penalties 1977 cité par Canivet G. et Vogel L., le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence, *RJDA* 8-9/1993 p.599.

⁶⁹ TPICE du 21/2/1995, *RAE* 2/95 p.111 et la consécration de l'exemplarité des amendes de la commission : Bergerès M. C., le contrôle par les juridictions communautaires du montant de l'amende fixée par la commission en matière de concurrence, *PA* 12/2/1993 p.10.

⁷⁰ Fourgoux J.C., dissuasion pénale et réparation du préjudice des victimes des pratiques anticoncurrentielles, *GP*, 12 et 13/2/1997, p.23, seul l'article 17 de l'ordonnance du 1/12/1986 prévoit une peine d'emprisonnement et/ou une amende pour "toute personne physique qui, frauduleusement, aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre" des pratiques anticoncurrentielles, en pratique les cas d'application ont été très rares, *Crim*, 21/11/1991, *GP* 1992, I, 256, note Fourgoux J.C..

⁷¹ Avis n°96-A-08 du conseil de la concurrence du 2/7/1996 relatif aux propositions formulées dans un rapport portant réforme du droit de la commande publique, *BOCCRF* 29/4/1997, p.307 et spéc p.310.

⁷² Danet D., le droit antitrust doit-il être économiquement correct ? *Dalloz Affaires* 3/1996, n°4, p.1370.

⁷³ Cette analyse pourrait être transposée au secteur de la distribution de l'eau et du retraitement des eaux usées où l'efficacité des sanctions semble mise en cause par la pérennité des comportements collusifs permettant aux géants du secteur de réaliser de substantiels bénéfices avec un prix de l'eau qui, en France, a augmenté depuis 1991 neuf fois plus vite que l'inflation, *rapport de la cour des comptes de 1997 relatif à la gestion des services publics de l'eau*, *EDCE* 1997.

Articles :

- Babusiaux C., la sanction des pratiques anticoncurrentielles, instrument de dissuasion ou réparation des dommages causés à l'économie, PA 17/1/1990, p.67.
- Babusiaux C., ententes, l'objectif est la dissuasion, MTP 19/1/1996 p.38.
- Bergerès M. C., le contrôle par les juridictions communautaires du montant de l'amende fixée par la commission en matière de concurrence, PA 12/2/1993, p.10.
- Bibet F., l'administration de la preuve dans les marchés de travaux publics, RCC sept./oct.1997, p.27.
- Blaise J. B., l'article 10-2 de l'ordonnance et la contribution au progrès économique : du bilan économique à la règle de raison, GP 12 et 13/2/1997 p.9.
- Boutard-Labarde M. C., réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence, JCP 1989 Ed(E) II 15400.
- Canivet G. et Vogel L., le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence, RJDA 8-9/1993 p.599.
- Cot J. M., le seuil de sensibilité en droit français de la concurrence, GP 14/9/1993.
- Danet D., le droit antitrust doit-il être économiquement correct ? D. Aff. 3/1996, n°4, p.1370.
- Dupont L., la preuve des pratiques anticoncurrentielles en droit français, RCC 1993 n°74, 23.
- Fourgoux J.C., dissuasion pénale et réparation du préjudice des victimes des pratiques anticoncurrentielles, GP, 12 et 13/2/1997, p.23.
- Lazarus M., l'approche française et communautaire du progrès économique, RCC nov./déc.1993, p.13.
- Léonnet J., réflexions sur le droit de la preuve en matière de concurrence et de réglementation économique, CCC janvier 1994 p.1 et JCP 1993 Ed(E) I 306.
- Paillusseau J., le droit moderne de la personnalité morale, RTDCiv. 1993 p.705.
- Pappalardo A., la réglementation communautaire de la concurrence : les dispositions du traité CEE et de droit dérivé relatives aux ententes entre entreprises, à l'abus de position dominante et au contrôle des concentrations, RIDE 1994, 337.
- Richer L., la proportionnalité des sanctions dans le droit de la concurrence, PA 8/7/1991, p.4.
- Sélinski V., transparence, échanges d'informations et transparence, JCP Ed(E) 1995, cahier n°5, p.24.
- Siroën J. M., la domination oligopolistique, RCC 1995 n°82, p.6.
- Targa A., la notion d'atteinte à la concurrence sur le marché en droit français, RCC 1993 n°76, 15.
- Vissi F., les oligopoles sont-ils néfastes ? les oligopoles mondiaux et la puissance économique, RCC 1995 n°84, p.35.
- Vogel L., définition et preuve de l'entente en droit français, JCP 1991, Ed(E) ,I, 96.

Ouvrages :

- Boutard-Labarde M.C. et Canivet G., Droit français de la concurrence, LGDJ 1994.

Gavalda C. et Parleani G., Droit des affaires de l'Union européenne, Litec, 1995.
Laguerre A., concurrence et marchés publics, thèse Paris X 1984.
Maurice-Vignal M., Droit interne de la concurrence, Colin 1996.
Farjat G., Droit économique, Thémis, P.U.F 1982.